

2014

Los derechos fundamentales de los inmigrantes en España: derecho al sufragio activo y pasivo.



Celia Córdoba Benavides

Dirigido por: Federico Arcos Ramírez

2014

Convocatoria de la defensa: 22 de Septiembre

1. Introducción	4
2. Aproximación al concepto de inmigrante y clasificación de los derechos de los que poseen	6
3. Derechos humanos de los inmigrantes con carácter general	11
3.1 <u>Derechos de los inmigrantes con perspectiva constitucional</u>	11
3.2 <u>Derechos de la esfera personal</u>	13
3.2.1 <i>Derecho a la libre circulación y residencia</i>	13
3.2.2 <i>Derecho a la familia, a la intimidad personal y a la reagrupación familiar</i>	14
3.3 <u>Derechos económicos y sociales</u>	19
1) Derechos en el ámbito educativo:	
3.3.1 <i>Derecho a la educación</i>	19
3.3.2 <i>Derecho al desempeño de actividad docente o investigación y a la creación de centros docentes</i>	20
2) Derechos en el ámbito laboral:	
3.3.3 <i>Derecho al trabajo</i>	21
3.3.4 <i>Derecho a la libertad sindical y huelga</i>	23
3.3.5 <i>Derecho a la Seguridad Social</i>	23
3.3.6 <i>Derecho a la asistencia sanitaria</i>	23
3.3.7 <i>Ayuda en materia de vivienda</i>	24
3) Derechos políticos	
3.3.8 <i>Derecho de reunión y asociación</i>	24
3.3.9 <i>Derecho de manifestación</i>	24
4. Derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes en España	25
4.1 <u>El criterio de reciprocidad</u>	26
4.2 <u>El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes a nivel europeo</u>	35
4.2.1 <i>Derechos de participación política atribuidos por los Tratados</i>	35
4.2.2 <i>Convención europea sobre la participación política de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local</i>	36

4.2.3	<i>La Directiva en relación al estatuto de los extranjeros referida a los extranjeros de larga duración</i>	37
4.2.4	<i>La reciprocidad a nivel europeo</i>	38
4.3	<u>El derecho al sufragio a nivel nacional</u>	40
4.4	<u>Conclusiones</u>	43

1. Introducción

En este trabajo se van a abordar los derechos que los inmigrantes poseen en nuestro país. Principalmente, se va a desarrollar el derecho de participación política de los mismos, tanto el sufragio activo como pasivo, qué nacionales de qué estados pueden ejercer su derecho al voto en España y con qué criterios, así como las consecuencias que derivan de que haya un sector de la población que no pueda ejercer su derecho a voto, y por lo tanto, queden así al margen del sistema político y jurídico español.

Actualmente, en España, existen multitud de personas inmigrantes, de lo que se deriva la importancia de que se aborde el tema sobre si estos pueden o no ejercer el derecho al sufragio. Por lo tanto, el hecho de que en España se respeten los derechos humanos de forma general, y el derecho a la participación política de forma concreta, cada vez va tomando mayor importancia en el plano en el que nos encontramos, y parece imposible que obviemos el hecho de que el que estas personas estén excluidas del sistema político del país en el que habitan solo acarreará consecuencias negativas para dicho Estado, aumentando las diferencias sociales y creándose grupos marginales en la sociedad que romperán con la armonía de la misma. Es un tema que debe ser tratado con su consiguiente solución.

Es importante que se analicen los criterios que actualmente se utilizan para determinar quién tiene derecho a sufragio en un país y quien no, y entrar a valorar si estos criterios son o no los oportunos. Actualmente, como se va a analizar a continuación, el criterio que se utiliza para permitir que una persona pueda o no ejercer su derecho a voto es el de la nacionalidad, junto con el principio de reciprocidad. A lo largo de este trabajo se va a valorar si estamos ante un criterio adecuado, y se propondrán alternativas que pueden ser más correctas y acertadas, de acuerdo con la realidad social en la que actualmente vivimos. Esta cuestión es generadora de controversias, puesto que no existe en la actualidad un criterio claro para determinar que personas pueden ejercer este derecho, con el cual estén de acuerdo los juristas, y se respeten los principios internacionales de los derechos humanos.

Y por supuesto, es importante conocer las consecuencias que se derivan de que la aplicación de estos criterios y que existan una serie de personas que, aun habitando en un país, se les niegue el derecho al sufragio en el mismo, de forma que queden excluidos de la vida política del país en el que residen. Estas consecuencias existen tanto para los propios inmigrantes, como para el país receptor de los mismos en general, así como para el resto de personas que en él habitan.

Además, cuando hablamos este tema debemos tener claro el hecho de que no solo estamos hablando de los inmigrantes que vienen a nuestro país, sino también de los nacionales españoles que emigran a otro país y que en este pretenden ejercer su derecho al sufragio y sufren las limitaciones que durante este trabajo van a ser desarrolladas.

Multitud de juristas expertos en Derechos Humanos han propuesto una reforma constitucional (Art. 13 de la Constitución Española), como forma de solucionar este creciente problema, puesto que consideran obsoleto el criterio de reciprocidad establecido en el mismo a la vista de la realidad social actual. Debemos tener en cuenta que la Constitución fue desarrollada en 1978, cuando no había la cantidad de inmigrantes actualmente existente en nuestro país, y por lo tanto, cuando se estableció este principio no fue con la intención de limitar este derecho, tal y como está sucediendo en la actualidad.

Pero antes de abordar este tema, es preciso conocer que se entiende por inmigrante, el cambio que se ha producido en este concepto a causa del nacimiento de la Unión Europea y que refleja la Constitución Española al respecto a los derechos que estos poseen en nuestro país.

Una vez que conozcamos en concepto de inmigrante, debemos de analizar que derechos poseen y cuáles no, en relación con los nacionales. Por un lado, es importante conocer la clasificación que existe en España sobre los derechos de los inmigrantes, la cual se deriva de la Sentencia STC 107/1984, de 23 de Noviembre, es una clasificación tripartita en la cual cada grupo de derechos se ubica en una de las tres categorías, el por qué existe esta clasificación y qué derechos se agrupan en cada una de estas tres categorías, para así poder ubicar en la misma los derechos de participación política, para su posterior desarrollo.

Por otro lado, parece inevitable que para el desarrollo de este derecho, previamente se tengan unas nociones del resto de derechos que poseen los inmigrantes (derechos de de la esfera personal, derechos económicos y sociales...), para así poder comparar los criterios de cada uno y, a la hora de abordar el tema de los derechos de participación política, poder realizar una comparación con el resto de los derechos, puesto que para que tanto unos como otros sean otorgados a los inmigrantes, existen criterios comunes, pero también una serie de criterios en exclusiva de los derechos de participación política. De estos derechos es necesario conocer a que inmigrantes se les conceden y en qué medida son concedidos.

Además, debido a los actuales cambios en el concepto de inmigrante, provocados por el nacimiento de la Unión Europea y que afectan a España directamente por el ingreso en la misma de esta, es importante abordar el tema a nivel europeo, puesto que el ordenamiento jurídico español está supeditado a las normas europeas, por lo que para una mejor comprensión de cómo el ordenamiento español aborda este tema, es necesario conocer cómo se desarrolla en el derecho de la unión europea. Así, una vez que se analicen los criterios que utiliza la Unión Europea y lo que los textos europeos desarrollan al respecto para el reconocimiento de este derecho, podremos entrar a analizar como el ordenamiento jurídico español aborda y desarrolla el derecho al sufragio de los inmigrantes.

Por último, de todo lo desarrollado alcanzan una serie de conclusiones, con las cuales no pretende solucionarse el actual problema al que nos enfrentamos, pero sí, al menos, ofrecer una reflexión acerca de, en primer lugar los derechos fundamentales (o humanos) de los inmigrantes, y después, de forma más expresa, de los derechos de participación política de los mismos, así como las posibles alternativas al actual principio de reciprocidad existente para reconocer estos derechos a los inmigrantes.

2. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE INMIGRANTE Y CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS QUE POSEEN

Un extranjero, según el art. 1.1 de la LO 4/2000 es aquel que carece de la nacionalidad española, es decir, que no ha adquirido la nacionalidad española de conformidad con lo dispuesto en los arts. 17 a 26 del Código Civil, y en los convenios suscritos por España en materia de nacionalidad¹.

Pero hay que tener en cuenta, que al igual que sucedía en el Derecho romano, en la actualidad, existen diferentes grados de extranjería, y estos niveles poseen regímenes jurídicos diferenciados. Actualmente, se encuentran en situación privilegiada los ciudadanos de países de la Unión Europea y los naturales de países Iberoamericanos o aquellos con una particular vinculación con España, con respecto al resto de extranjeros provenientes de otros países.

Hay ciertas características, que estemos ante un apátrida, su nacionalidad, la edad que tenga la persona, su religión...etc., que provocan que su acumulación en una misma persona derive en que dicha persona sea “más extranjero”. Todos estos factores sirven para determinar qué régimen jurídico se le aplicará a dicha persona, por lo tanto entendemos que, además del régimen general de extranjería, existen una serie de status privilegiados o desfavorecidos, y esto va a depender de la norma que se les aplique.

Dentro de este contexto, destacamos que los ciudadanos de la Unión Europea, claramente gozan de un *status civitatis* privilegiado, lo cual es fácilmente apreciable, puesto que encuentran una igualdad de trato con respecto a los nacionales. De hecho, el art. 1 del Convenio de Aplicación de Shengen, define al extranjero como “toda persona distinta a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. Así que queda reflejado que los extranjeros son exclusivamente los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión Europea.

Teniendo esta situación presente, es decir, el cambio que ha producido la Unión Europea en el concepto de extranjero, es el que tenemos que tener en cuenta para establecer la regulación de la extranjería lo establecido en la Constitución Española y en los Tratados Internacionales. A nivel internacional debemos considerar que el hecho de que existen Tratados internacionales entre los Estados y que, por ello, su derecho interno debe de estar ajustado a los mismos, puesto que estos son de carácter universal y se encargan de establecer estándares mínimos. El resultado de estos fenómenos es que los sujetos pasan a ser “sujetos de Derecho Internacional”¹. Por lo que en la regulación de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los Estados concretos se debe respetar lo establecido al respecto en

¹ Abramovich, V. y Courtis, C., “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 8-11.

la Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, en la Carta Social Europea de 1961, entre otros.

A nivel nacional, en nuestra Constitución, el artículo más relevante sobre dicha materia es el 13, el cual establece que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos reconocidos en el Título I, pero deben serles reconocidos conforme establezcan los Tratados y la Ley. De esto se desprende que nuestra Constitución no regula específicamente los derechos de los inmigrantes, simplemente se limita a enumerarlos y menciona que su establecimiento será realizado tanto por los Tratados como pactos internacionales (a nivel internacional), como por la Ley de inmigración y extranjería (a nivel infraconstitucional). Nuestra Constitución se limita a remitir las condiciones del ejercicio de la Ley, concretamente, la titularidad y el ejercicio de los Derechos Fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse del título I. A la hora de determinarlos, primero debemos de remitirnos a los preceptos que en el propio título se incluyen, puesto que el problema que encontramos en su titularidad y ejercicio “depende del derecho afectado”. Después, acudiremos al art. 13 de la Constitución según el cual, los derechos que los extranjeros pueden disfrutar en España, que están contenidos en dicho título, deben hacerse valer en los términos que la Ley y los Tratados establezcan.

Además, solo los españoles podrán disfrutar de los derechos que se establecen en el art. 23, salvo que entre en juego el criterio de reciprocidad, pueda establecerse un Tratado o Ley sobre el derecho al sufragio activo o pasivo en las elecciones municipales.

Con respecto a los derechos que poseen los inmigrantes en nuestro país, podemos clasificarlos en tres grupos, siguiendo la jurisprudencia de las STC 107/1984, de 23 de Noviembre y 115/1987, de 7 de Julio:²

-Por un lado, nos encontramos con los derechos que disfrutamos todas las personas, por el mero hecho de ser persona, es decir, que están ligados a la dignidad humana y por lo tanto, se reconocen a todo ser humano, independientemente de que estemos ante españoles o

² José Luis Monereo Pérez, Estudio general, el nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España, LA LEY, 2010, págs. 61-88.

extranjeros. Estos derechos son los descritos en el art.10 del Texto Constitucional. Son el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad individual, a la ideológica, o a la tutela judicial efectiva.

Hablamos de una serie de derechos que establecen una diferenciación negativa, y que son necesarios ser interpretados conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Acuerdos y los tratados internacionales que han sido ratificados por España. Estos derechos se encuentran en esta categoría porque se consideran fundamentales y por lo tanto, no pueden ser negados a ninguna persona.

-Por otro lado, encontramos los derechos que responden al mandato constitucional de la configuración legal, esto quiere decir que se admite que existan diferencias previamente establecidas cuando se aplican a los extranjeros respecto de los españoles. Entre estos destacamos los derechos de huelga, asociación y sindicación, como ha señalado el Tribunal Constitucional. Para que estos derechos sean reconocidos, deben de seguirse las condiciones que exijan las Leyes y Tratados. Hay que tener en cuenta que la mayoría de estos derechos son de contenido social y laboral. En este caso, hablamos de una igualdad “positiva”, puesto que para que se produzca esta diferenciación se deben respetar los preceptos constitucionales.

Estos derechos los poseen tanto los nacionales como los extranjeros, pero para que les sean de aplicación a estos últimos, el legislador debe de someterse a una serie de límites y condiciones, para que, así, quede legalmente justificada la existencia de esta diferenciación entre españoles y extranjeros.

Por lo tanto, la autoridad que posee el legislador cuando aplica estos derechos no es absoluta, sino que tiene dos límites básicos que deben ser respetados. El primero de ellos son los mandatos constitucionales, ya mencionados. El segundo, son los contenidos que poseen dichos derechos, los cuales son fundamentales y por lo tanto, deben ser respetados.

-El tercer grupo son derechos que únicamente pueden disfrutar los nacionales, son privativos de los mismos, los extranjeros tienen vetado que se les pueda reconocer. Son los reconocidos en el art. 23 de la CE, estos son derechos políticos por lo que su facultad queda ligada tanto a la noción como al ejercicio de la soberanía nacional. Dentro de estos derechos es de destacar el derecho al sufragio, pero no en su dimensión absoluta, ni tam-

co a todos los extranjeros, si no de forma concreta a los inmigrantes. El motivo por el cual son negados a los inmigrantes es que estos se identificaban de forma clara con la condición de trabajadores, lo que les proporcionaba unos beneficios y derechos sociales, pero sin que compartan la misma identidad colectiva, esto ha tenido como resultado que se produzca una “situación de extranjería permanente³”. El motivo es claro, se ha creado un grupo en la sociedad que tienen derecho a disfrutar de derechos sociales y civiles, pero no de los políticos.

Para incluir los derechos en uno de los grupos debe de recurrirse a la interpretación sistemática y progresiva, como puede hacerse con la jurisprudencia, lo cual provoca una problemática y por lo tanto, desembocan en un inconveniente práctico. La razón por la cual estamos ante esta situación es que en nuestra Constitución no puede extraerse un catálogo de derechos de cada uno de los tres grupos.

Debemos tener en cuenta, que cuando hablamos de esta triple clasificación, en esta se fija un criterio separador de los derechos sociales de los fundamentales⁴, puesto que hay un grupo específico de derechos de configuración legal, y ahí debían ser incluidos los derechos sociales, pero estos van ligados a la condición de persona (a su dignidad), que deberían de incluirse en el grupo abierto de derechos. Si los incluimos en ese catálogo, nos encontraríamos con que estos derechos son premisa fundamental para el cumplimiento efectivo y disfrute de los derechos fundamentales, que se refiere a la parcelación de los derechos humanos, porque se hacen positivos por parte del poder del Estado. Así, al no ser incluidos, se produce una negación o restricción de los mismos, lo que da lugar a que se vulnere una de las premisas básicas de modernidad; la universalización de los derechos.

De todo esto podemos deducir, que tanto los flujos migratorios como el fenómeno de la inmigración pone en peligro la característica de la universalidad de los derechos humanos⁵, así como la institucionalización de los mismos. Para poder preservar esta universalidad, debemos de vincularlos a la condición de persona, y no a la de ciudadano, así tendrán

³ Benhabib, S., “Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos”, Gedisa, Barcelona, 2005, pág. 108.

⁴ Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, Bomarzo, Albacete, C. 2003, Pág. 109.

⁵ Martínez de Pisón, J., “¿Tienen derechos los inmigrantes?, cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº10, 2004, pág. 6-7.

mayor efectividad y un mayor reconocimiento. Así estamos asistiendo a la “paradoja de la universalidad”⁶, la cual significa que a pesar de que todos los seres humanos son titulares de todos los derechos, las políticas de inmigración hacen que exista una falta de reconocimiento de los mismos y no exista una adecuada garantía frente a todos de los mismos.

Si bien es cierto que existen dos razones por las cuales esta clasificación debería superarse, una es que de antemano es muy complicado saber qué derechos están ligados a la dignidad humana y, por lo tanto, deben considerarse inherentes a la persona y cuáles no, y otra es que si obedecemos al derecho de nuestro ordenamiento jurídico, esta clasificación carece de coherencia.

Por estos motivos, existe un sector de la doctrina científica iuslaboralista que considera que existe otra clasificación más acorde con los derechos de los extranjeros. En primer lugar, nos encontramos con los derechos que son universales para el ser humano, que son inherentes a su dignidad humana y por lo tanto, los disfrutaran todas las personas (este equivale al primer grupo antes descrito). En segundo lugar, nos encontramos con los derechos que son exclusivos de los nacionales, es decir, que son excluyentes para los extranjeros. Son derechos que tienen una relación directa con la participación política, derechos de ciudadanía política (este grupo equivale al tercero previamente comentado).

Y en tercer lugar, un grupo de derechos generalizables, que tienen una relación muy directa con la ciudadanía y que, para que sean reconocidos, deben tener una relación directa con las exigencias del legislador y ser reflejo de la ciudadanía cívica y social.

3. DERECHOS HUMANOS DE LOS INMIGRANTES DE CARÁCTER GENERAL

3.1. Derechos de los inmigrantes con perspectiva constitucional

El art. 13.1 de la Constitución Española reconoce que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”. Además de lo que aquí se establece, existen una serie de Leyes Orgánicas que desarrollan el texto constitucional.

⁶ Pérez de la Fuente, O., “Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes”, Dykinson, Madrid, 2006, Pág. 249.

Estas leyes orgánicas son las siguientes:

-Por un lado, nos encontramos con la Ley 7/1985, de 1 de julio, ya derogada. Esta ley fue la primera en la cual se intentó que a los extranjeros se les reconocieran derechos y libertades. Además, para el reconocimiento de los mismos se seguían los principios constitucionales, los Convenios y los Tratados que existen al respecto.

-Ya en vigencia, debemos resaltar la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Esta Ley Orgánica fue la que derogó a la anterior. Lo más relevante de la misma es que introdujo un trato igualitario entre españoles y extranjeros. Desde que esta ley entró en vigor, quedó derogado todo trato discriminatorio. De esta forma, en su artículo tercero, establece que “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles”.

-La anterior ley la reformó la LO 8/2000, de 22 de diciembre, la cual supuso una vuelta a la regulación de la LO 7/1985.

-Para abordar el tema penal frente a los extranjeros que no son residentes en España, en los supuestos en los que los mismos cometen delitos o para que exista una correcta adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que actualmente se encuentran conviviendo en nuestro país para una mejor integración de los mismos, abordando el tema de la reforma sufrida por el Código Civil en materia de separación y divorcio para asegurar una mejor protección de la mujer frente a los problemas que estas sufren con el fenómeno de la inmigración, se dictó la LO 11/2003, de 29 de septiembre.

-Actualmente, y sobre todo a partir de la STS 20 de marzo de 2003, para una mejor adaptación a los actuales cambios de los flujos migratorios, el aumento del número de los residentes extranjeros, la constante lucha contra la inmigración ilegal, la adaptación de la normativa nacional a la de la Unión Europea sobre la materia y el establecimiento de los instrumentos normativos para que los flujos migratorios tengan una mejor ordenación

Hay que tener en cuenta un hecho, y es que no todos los derechos que se reconocen en la Constitución tienen un pleno reconocimiento para los extranjeros.

Podemos clasificar los derechos fundamentales de reconocimiento a los extranjeros: los derechos personales, los políticos, los de ámbito educativo y los derechos de ámbito laboral y económico-social, siguiendo la doctrina de la LO 4/2000.⁷

3.2 Derechos de la esfera personal

3.2.1 Derecho a la libre circulación y residencia

Siguiendo lo regulado en la Constitución Española, en su art. 19.1 queda reflejado que este derecho es exclusivo de los españoles, pero mediante la LO 4/2000⁸ se intenta cubrir el vacío legal que existe en la materia, cuando en su título II establece que estos podrán circular libremente por el territorio español y podrán elegir su residencia libremente, siempre que se realice respetando las limitaciones de los tratados y las leyes.

Debemos de tener en cuenta, en todo caso, los límites que se establecen al respecto, puesto que deben ser respetados en cualquier situación. Estos vienen recogidos en el art. 5.1 de la Ley; los establecidos en los Tratados y en las Leyes, las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición cuando el extranjero sea imputado, víctima o testigo, o consecuencia de sentencia firme. También pueden ser establecidas medidas de carácter más específicas para el caso concreto, si se declara estado de excepción o sitio, o por el Ministerio del Interior por razones de seguridad pública.

Para la correcta interpretación de este artículo, se debe acudir a lo ya establecido en los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según los cuales “el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en el cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley; y, a menos que en razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá al extranjero exponer las razones que le asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante persona o

⁷ Beatriz Orduna Navarro, Derechos y libertades de los extranjeros. Perspectiva constitucional, LA LEY, Diario de la LEY, 2009.

⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración.

personas designadas por dicha autoridad competente, y hacerse con tal fin ante ellas”. Así, podemos resumir lo expuesto en el artículo en dos garantías: que las condiciones de la expulsión vienen predeterminadas por una norma y que el extranjero tiene un derecho a la defensa cuando se enfrenta a la expulsión, puesto que el derecho a la audiencia es una garantía constitucional, además de ser irrenunciable.

El visado correspondiente es necesario para que cualquier ciudadano pueda entrar en la Unión Europea. El visado, siguiendo lo establecido en el art. 5 del Reglamento 1683/1995, de 29 de Mayo, es “una autorización expedida o una decisión tomada por un Estado miembro exigida para entrar en su territorio con vista a: una estancia en dicho Estado miembro o en varios Estados miembros, por un periodo cuya duración total no sea superior a tres meses, o el tránsito a través del territorio o de una zona de tránsito de aeropuerto de dicho Estado miembro o de varios Estados miembros”.

Si bien es cierto que existe una lista de terceros países cuyos nacionales tienen la obligación de ser titulares de un visado para cruzar una frontera exterior, además de una lista de Estados que están excluidos de tener esta obligación. Estas listas se encuentran en el Anexo I y II del Reglamento 539/2001, de 15 de marzo.

Según Blázquez Rodríguez⁹, hay dos motivos por los cuales el visado es exigible, uno de ellos es la prevención de la inmigración ilegal y otro, la defensa de la seguridad interior. El motivo por el que países como África, Asia u Oceanía (es decir, con escaso desarrollo económico) es precisamente este, que no acudan a Europa de forma masiva.

3.2.2 Derecho a la familia, a la intimidad personal y a la reagrupación familiar

Es esencial que para abordar este tema tengamos en cuenta el contexto que vive la persona que se ve obliga a emigrar. Cuando una persona decide emigrar, desea hacerlo de forma que le garantice su éxito laboral y personal. Por lo tanto, cuando una persona emigra pretende que también lo haga el resto de su familia. Para conseguirlo, el inmigrante

⁹ Blázquez Rodríguez, I., “Ibídem, Sobre la libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, Lerko Print, Madrid, 2002, págs. 133-134.

necesita que el país receptor tenga una política benevolente al respecto, que le permita conseguir este fin.

Así hablamos de reagrupación familiar, la cual ubicamos en un sector de la política de inmigración, en concreto en la política de integración. Esta política se crea en beneficio del inmigrante (reagrupante), puesto que con ella le será más fácil la integración, como para la sociedad receptara, porque facilitará que no exista la formación de grupos vulnerables con mayores posibilidades de exclusión social. La forma clave para la reagrupación de los mismos es la actividad laboral (tanto del reagrupante como del reagrupado).

Si seguimos lo descrito en la central Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 Septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, entendemos que estamos ante un derecho necesario para la vida en familia y contribuye la *“creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro”*. El objetivo de esta Directiva es que haya una regulación en armonía para la correcta integración de los inmigrantes en los diferentes Estados miembros, consolidando los núcleos familiares de los mismos. Cuando España llevó a cabo las disposiciones necesarias para que se cumpliese la Directiva, se reconoció por primera vez este derecho de forma expresa en un texto legal, sin tener en cuenta la regulación existente en la Constitución en su artículo 18 por ser esta demasiado genérica, y por lo tanto, de difícil aplicación práctica.

Debemos tener en cuenta una serie de aspectos acerca de este derecho, el primero es que estamos ante un derecho de carácter social y su reconocimiento será para nacionales y comunitarios respecto de sus cónyuges o familiares extranjeros o extranjeros, la duda al respecto surge es determinar si estamos ante un derecho autónomo o complementario (en este segundo caso, estaría integrado en el derecho a la intimidad). El segundo, es si el ámbito subjetivo de dicho derecho ha sido modificado.

Actualmente, sigue vigente la doctrina implantada por la STC 292/2000, de 30 de Noviembre, “si la ley es la única habilitada por la Constitución para fijar los límites a los Derechos fundamentales, el apoderamiento legal que permita a un poder público regular dicha materia solo está justificado si responde a la protección de otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos”. La misma doctrina sigue desarrollada en la

ST 236/2007, la cual niega que este derecho forme parte del contenido constitucional, puesto que, según la misma no deriva del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni del 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos ni del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, por lo que carecería de apoyo legislativo.

La doctrina descrita esta en vigencia, y el desarrollo de la misma ha sido plasmado en la Ley de extranjería e inmigración.

Las limitaciones que deriva de esta doctrina no obtiene compensación en el art. 19 de la Ley de Extranjería, esto se debe a dos motivos. El primero es que se reducen los titulares de este derecho, es decir, se limitan el número de familias que pueden obtener el permiso de residencia necesario, en concreto, los familiares que necesiten reagrupación por razones humanitarias. El segundo, es la importancia de que se garantice el mantenimiento de conservación de la residencia, aunque se rompa el vínculo familiar que dio lugar al mismo, es decir, si existe una separación, divorcio o nulidad matrimonial del reagrupante y reagrupado. El fin de este último motivo es paliar la doble discriminación que corren el riesgo de sufrir las mujeres, siendo devaluada respecto del hombre, y la discriminación por ser inmigrante. Este fenómeno es lo ya considerado como *inmigración de arrastre*¹⁰. En esta línea destacamos la Ley Orgánica 14/2003, la cual otorga a la mujer una protección especial cuando es extranjera y víctima de violencia de género, ya que le concedió el derecho a obtener un permiso de residencia independiente del reagrupante si se dicta una orden de protección.

Estamos ante un derecho exclusivo de los residentes en España, y deben estar de acuerdo con los Tratados internacionales suscritos por España, según el art. 16.1 de la LO 4/2000.

Según Álvarez Cienfuegos¹¹ “el Consejo de Estado informó favorablemente la reforma del art. 16, con el objeto de evitar la celebración de matrimonios en fraude de ley con el sólo objeto de obtener la residencia legal en España. En este sentido se precisa en el art. 16 que

¹⁰ Montero Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C. 2003.

¹¹ Álvarez Cienfuegos Suarez, J.M. “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, Cuadernos der Derecho Judicial, 2001.

reglamentariamente se podrá determinar el tiempo previo de convivencia en España que se tenga que acreditar en estos supuestos. Se está refiriendo al cónyuge que haya obtenido la residencia legal por matrimonio, y después, rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición”.

Existen una serie de medidas para el caso en el que se produzca un matrimonio fraudulento. Estos matrimonios quedan definidos en la Resolución del Consejo de la Unión Europea como: “el matrimonio de un nacional de un Estado Miembro o de un nacional de un tercer Estado que resida regularmente en un Estado Miembro con un nacional de un tercer país, con el fin de eludir las normas relativas a la entrada y residencia de nacionales de terceros países y obtener, para el nacional del tercer país, un permiso de residencia o una autorización de residencia en un Estado Miembro”. Este tipo de matrimonios son nulos, puesto que no existe consentimiento matrimonial, ya que no estamos ante la voluntad real de los contrayentes y por lo tanto, se consideran simulados.

Existe una lista tasada de los familiares que son reagrupables, se encuentra en el art. 17 de la LO 4/2000. No serán reagrupables:

- Los nacionales españoles, ni comunitarios, ni los que pertenecen al Espacio Económico Europeo. La situación de los mismos es más ventajosa.

- Los nacionales de los Estados de la Unión Europea, así como los que se les aplique el régimen comunitario, estén regulados por ley especial o por trato internacional en el que una de las partes sea España. En estos casos solo es de aplicación la Ley de extranjería en los casos en los que les sea favorable.

- Los refugiados y asilados.

- Los agentes diplomáticos o los funcionarios consulares.

- Los familiares del extranjero no residente, pues este derecho solo lo puede ejercer el extranjero que reside legalmente en España.

-Los extranjeros que se encuentran en España como estudiantes.

Queda en manos de la legislación estatal española ampliar el ámbito del círculo familiar en el proceso de reagrupación, como es a las parejas de hecho, a los hijos mayores de edad, y/o ascendientes o descendientes en línea directa.

Si seguimos la teoría administrativa, la residencia que se les otorga a los reagrupados es temporal, además de quedar vinculados a la de reagrupante. Esta vinculación se traduce a que en el momento en el que al reagrupante se le cumpliera su permiso de trabajo o residencia, le sucedía lo mismo al reagrupado. Para evitar el fenómeno de la inmigración en cadena, un reagrupado nunca podrá ejercer de reagrupante y para ejercer su derecho a la reagrupación familiar, deben acreditar su solvencia económica (con independencia económica y laboral o residencia permanente).

Con respecto a la poligamia, existe una prohibición explícita acerca de la reagrupación de varias mujeres en concepto de poligamia, tanto cónyuges como parejas de hecho, sin tener en consideración si la Ley personal del extranjero permite o no la poligamia.

De todas las reformas que en los últimos años ha sufrido este derecho, es de destacar la inclusión del nuevo art. 18 bises, que es el resultado de la adaptación de la Directiva 200/109/ CE, de 25 de noviembre, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Lo que se regula en este artículo es que los familiares que tienen derecho a ser reagrupados de un residente de larga duración en otro Estado también miembro de la Unión Europea y residente en España, pueden por sí mismos solicitar dicha reagrupación, con pruebas de que son residentes en este primer Estado miembro. El límite que aquí se fija tiene una clara relación con la dimensión europea y con la libre circulación de personas.

3.3 Derechos económicos y sociales

1) Derechos en el ámbito educativo

3.3.1 Derecho a la educación

La Constitución Española y los Convenios internacionales sobre la materia reconocen el derecho de toda persona a la educación.

En la LO 4/ 2000 reconoce que “Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas¹²”.

Por lo tanto, el derecho a la educación lo tienen tanto residentes como no residentes, aunque este derecho es reconocido solamente para la educación de carácter obligatorio. Este derecho solamente es reconocido para las personas que se encuentran en España de forma legal, como así especifica el art. 9.3 LO 4/2000 “los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”.

De este modo, entendemos que la forma de acceder a la enseñanza obligatoria es cumpliendo el requisito de residencia.

¹² Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, art. 9.3.

3.3.2 Derecho al desempeño de actividades docentes o investigadoras y a la creación de centros docentes

Este derecho es reconocido exclusivamente a extranjeros residentes, como así queda especificado en el art. 9.5 de la LO 4/2000. Existe una contradicción con lo establecido en la ley mencionada con la LO 8/1985, en su artículo 21, puesto que en esta se reconoce el derecho a la libertad de creación y dirección de centros docente privados, pero a personas físicas o jurídicas con nacionalidad española.

2) Derechos en el ámbito laboral

3.3.3. Derecho al trabajo

Este derecho es reconocido por la Constitución Española, en su art. 35 pero de forma exclusiva a los españoles.

Si atendemos a la jurisprudencia, en concreto a la del Tribunal Constitucional, asentando doctrina con la ST, ya comentada anteriormente, 107/1984, veremos que no se puede exigir una igualdad de trato entre extranjeros y españoles, en lo referente al acceso al trabajo, si bien es cierto que este derecho está regulado por Tratados Internacionales a los que España está adherida, aún así, dichos tratados no son de aplicación obligatoria para el legislador español.

En la LO 4/2000, “los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una profesión remunerada por cuenta propia o ajena, así como el acceso a la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente¹³”.

Siguiendo a la profesora Pérez Martín “la mencionada desigualdad entre españoles y extranjeros a la que hace referencia el Tribunal Constitucional en lo relativo al derecho del Trabajo se refiere solo al momento previo a la contratación laboral, es decir, al acceso al

¹³ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

empleo. Los extranjeros a diferencia de los nacionales deberán obtener la preceptiva autorización administrativa para trabajar sin que ello suponga vulnerar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, Así planteada la desigualdad lo cierto es que como señala el TC, no existe ni <<Tratado ni Ley que establezca la igualdad de trato entre nacionales o extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo >> y la Constitución al regular el derecho al trabajo sólo lo reconoce para los españoles... Cuestión distinta es la relativa a la igualdad en lo que se refiere a las condiciones laborales en cuyo caso no debe existir distinción alguna entre extranjeros y españoles. En la misma sentencia del Tribunal Constitucional proclama que sí existe la igualdad de trato para la titularidad y el ejercicio de los derechos laborales una vez producida la contratación¹⁴”.

Hay determinados colectivos de extranjeros que ven afectado su derecho al trabajo, de forma, eso así, favorable, cuando se celebran por España: Tratados de Paz y Amistad o Convenios de Doble Nacionalidad.

3.3.4 Derecho a la libertad de sindicación y huelga

Estos derechos quedan reconocidos en la Constitución Española tanto a nacionales como a extranjeros, en sus artículos 28.1 y 2. En la LO 4/2000, en el artículo 11.1, queda reconocido el derecho de los extranjeros a sindicarse o a afiliarse a una organización profesional, la condición para ello es que obtengan la autorización de estancia o residencia en España. En el mismo artículo, en su apartado segundo se establece que “de igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”. De todo esto podemos deducir que, para que un extranjero pueda ejercer este derecho deberá encontrarse trabajando y contar con una autorización previa. Esta autorización se consigue si se tiene la residencia.

Según el artículo 28 en sus apartados primero y segundo “Todos tienen derecho a sindicarse libremente” y “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses”.

¹⁴ Pérez Martín, E. “Los derechos de los extranjeros en España: el derecho al trabajo y a las libertades política conexas, el derecho a la sindicación y de huelga”, Revista del Poder judicial, núm. 68, págs. 43 y 44.

Para definir la libertad sindical debemos de remitirnos al art. 2 de la LO 11/1985 de 2 de Agosto de Libertad Sindical, según el cual es el derecho a fundar sindicatos, afiliarse, elegir sus representantes y ejercer la actividad sindical. Cuando en este artículo se utiliza el término “todos”, se refiere a tanto a trabajadores por cuenta ajena como a por cuenta propia (que no tengan trabajadores a su servicio), así como a los trabajadores en paro o que hayan cesado su actividad laboral (teniendo en cuenta que estos últimos no pueden fundar sindicatos). Cuando se desarrolla el derecho a huelga, en ningún momento se establece diferencias entre nacionales o extranjeros.

Existe un debate abierto doctrinalmente, y es si los extranjeros tienen o no derecho a fundar sindicatos. Los dos puntos de vista opuestos los representan Espinar Vicente y Pérez Martín. El primero considera que deben de excluirse los extranjeros de este derecho, puesto que “el reconocimiento de esta libertad supondría la institucionalización de un cauce para la participación colectiva de los no nacionales en los asuntos públicos¹⁵”, en contra posición a esta postura nos encontramos con la de Pérez Martín el cual, alude al art. 4 del Estatuto de los trabajadores, en el cual se reconoce el derecho a los trabajadores a la libre sindicación, que “la critica que se puede realizar a este precepto se refiere en el caso de la libertad sindical a la ausencia de mención de la posibilidad de fundar sindicatos por parte de los extranjeros, lo cual es indiscutible desde el momento en el que tanto la configuración constitucional como la que emana de los tratados internacionales comprende ambas vertientes de la libertad sindical¹⁶”.

Tema diferente es si los extranjeros tienen o no derecho a fundar sindicatos exclusivamente para defender sus derechos e intereses. Esta posibilidad no se contempla, como así queda patente en la Ley de extranjería porque este derecho se concede a los extranjeros “en iguales condiciones que a los españoles”, por lo que en el caso en el que este derecho les fuese concedido, no sería en las mismas condiciones que a los nacionales, por lo que no estaría respetándose lo regulado en esta ley.

¹⁵ Espinar Vicente, J.M, Comentarios a la nueva Ley de extranjería, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid 2001, pág. 31.

¹⁶ Pérez Martín E., “Los derechos de los extranjeros en España: el derecho al trabajo”, op. Ci, págs. 58-59 Sobre los derechos y deberes laborales, en concreto sobre el art. 4 ET.

3.3.5 Derecho a la Seguridad Social

Este derecho queda reconocido en la LO 4/2000, en sus arts. 10.1 y 14, y sus titulares son los extranjeros que están en España legalmente. No se exige la residencia legal de los mismos, como queda establecido en el del RD Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, que aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, puesto que si una persona está trabajando en España tiene el deber de cotizar, siendo independiente la situación del mismo, así en el momento en el que cotiza tiene derecho al cobro de la Seguridad Social¹⁷.

El extranjero tiene una serie de servicios y prestaciones que se recogen en los arts. 38.1 a), b), c) y d, 55 y 56 LGSS.

3.3.6 Derecho a la asistencia sanitaria

Este derecho queda regulado en el art. 12 LO 4/2000. Para que este derecho se les reconozca a los extranjeros, deben de cumplirse una serie de requisitos:

-Deben de estar empadronados en el padrón del Municipio donde residen habitualmente. La excepción es que los menores de dieciocho años, a pesar de no estar empadronados, tienen derecho a la asistencia sanitaria, así como las mujeres embarazadas, en el parto y postparto.

-Cuando no estemos ante ninguno de estos supuestos, los extranjeros solamente tendrán derecho a la asistencia sanitaria de urgencia.

3.3.7 Ayudas en materia de vivienda

Nuestra Constitución concede este derecho de forma exclusiva a los españoles.

¹⁷ Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, art. 106.1.

Con respecto al derecho de los extranjeros de “acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles”, este queda reconocido en el art. 13 de la LO 4/2000.

3) Derechos políticos

3.3.8 Derecho de reunión y asociación

Si valoramos lo que la Constitución Española dice al respecto, debemos de centrarnos en el art. 21.1 de la CE que reconoce el derecho tanto a nacionales como a extranjeros “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, por lo tanto no se menciona en ningún momento que sea un derecho exclusivo de los nacionales. Si valoramos lo establecido en el ámbito internacional, debemos de centrarnos en el art. 11 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950. Además, queda recogido en la Ley de Extranjería, en sus arts. 7 y 8. Aunque antes este derecho se reconocía sin que fuese necesario contar con una autorización administrativa previa¹⁸, actualmente queda supeditado a que el extranjero este en España de forma legal (LA LEY 35/2000, artículo 8). Estos mismos requisitos son los necesarios para el derecho de asociación.

3.3.9 Derecho de manifestación

Para que a un extranjero se le reconozca este derecho es necesario que haya obtenido estancia o residencia en España. Los requisitos necesarios para que el mismo sea reconocido es la necesidad de obtener una autorización administrativa previa y que quede supeditado a las normas por las cuales son regulados¹⁹.

Según Cienfuegos “la radical distinción que a estos efectos realiza la Ley a la hora de reconocer derechos, entre los extranjeros según su situación, regularizada o no, hace que,

¹⁸ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 7.1.

¹⁹ Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

paradójicamente, de facto, haya nacido un nuevo status de extranjero, el de extranjero sin derechos cívicos, que por su número, cada vez mayor, constituye una “nueva situación de derecho” avalada por la realidad social. La falta de un Reglamento, imprescindible para una correcta aplicación de la Ley hace que la acumulación periódica de “bolsas” de inmigrantes en situación irregular obliguen al Gobierno a sucesivas regulaciones masivas de inmigrantes “ilegales” que se imponen por la fuerza de los hechos al margen de las definiciones legales²⁰.

4. Derecho al sufragio activo y pasivo.

Según la teoría de los derechos, son las personas las que deben dotar de contenido a los derechos, esto quiere decir que son los seres humanos lo que decidirán qué derechos habrá en el ordenamiento jurídico y de que constaran.²¹

Sin embargo, actualmente en nuestro sistema jurídico esto no funciona así, todas las personas no tienen reconocido su derecho al sufragio. De esto podemos deducir, que en la determinación de los derechos no interviene cualquier persona, sino exclusivamente los nacionales. Por lo tanto, será el requisito de nacionalidad el que determinará quién interviendrá y quién no.

Existen una serie de procesos mediante los cuales se les reconoce a los inmigrantes sus derechos humanos (positivación, generalización, internacionalización y especificación), pero, además de los argumentos que de modo general se utilizan para diferenciar entre los derechos de los extranjeros y los nacionales, para el caso concreto de la participación política encontramos cuatro: el argumento de orden público, el argumento interés, el argumento de la homogeneidad de intereses y el argumento de la reciprocidad.

En primer lugar, el primero de estos argumentos se refiere a la imposibilidad de permitir que todo extranjero participe en la organización del derecho a la participación, así lo que pretende es realizar una protección de este derecho, de forma que se respete el orden público y no pueda votar cualquier persona, en este caso inmigrantes. Los límites que

²⁰ Álvarez Cienfuegos Suárez, J.M., Íbidem, pag. 32.

²¹ Rafael de Asís Roig, Sobre la participación política de los inmigrantes, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005, Págs. 301-304.

encuentra este argumento son las ocasiones en las que los inmigrantes poseen el status de residentes, aún así este argumento posee una relevada consistencia.

El argumento de interés está estrechamente relacionado con el argumento de compromiso, incluso podemos decir que es una variante del mismo. El argumento de compromiso, el cual justifica el hecho de la relevancia de la nacionalidad para la participación en los asuntos políticos de las personas, mediante la teoría de que, para que una persona tenga compromiso con el sistema político del país en el que vive, debe de ser nacional del mismo, de forma que si se excluyen a los inmigrantes de este derecho, se acaba con la idea del “aprovechado”. Una vez entendido el argumento de compromiso, es fácil comprender el de interés: se justifica mediante la falta de interés que tiene una persona que no es nacional de un Estado, ante el sistema político del mismo, y por lo tanto, otorgarle un derecho a sufragio supondría un peligro para dicho sistema político. Pero este argumento es fácilmente debatible por diversos motivos ya que, por un lado, quedan desvirtuados si tenemos en cuenta el hecho de que el disfrute de los derechos parece situar al Estado por encima de los mismos, y así pierde el sentido de los mismos, y por otro, no es lógica la conexión entre nacional y comprometido con la organización, es decir, no tiene por qué estar relacionado el ser nacional con estar comprometido y el no serlo con no estarlo. Además de que el extranjero puede tener la posesión de la residencia, lo que anularía de forma automática este argumento.

El argumento tercero se refiere a procurar la homogeneidad de intereses dentro del Estado. Pero esto supone que los intereses del Estado están en una posición superior a las de los derechos de los ciudadanos, y con esto desmontar las construcciones teóricas. Además, no tiene por qué haber una uniformidad entre los intereses que poseen los nacionales.

El último argumento es el de reciprocidad. Este argumento también pone los intereses del Estado por encima de los de las personas, además de ser un claro comercio entre derechos. Este criterio es el más importante en la práctica, y queda desarrollado con mayor especificación en el apartado siguiente.

4.1 El criterio de reciprocidad

El criterio de reciprocidad es clave para entender el derecho a voto que poseen los inmigrantes dentro del ordenamiento jurídico español. Si seguimos lo establecido en el art. 13.2

de la CE y, concretamente, al art. 6.1 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, atendiendo a dicho criterio, los extranjeros tienen derecho a voto en España, cuando quede así establecido por Ley o tratado. Pero en todo momento hay que tener en cuenta que²²:

1. Será en el art. 23 de la Constitución española donde esta excepción al derecho al sufragio de los nacionales se contemple, concretando el derecho a los ciudadanos a participar en asuntos públicos. De forma más concreta, se dedica a limitar el reconocimiento del sufragio en el ámbito local.

2. La redacción actual de la Constitución es resultado de la reforma que se produjo en 1992, donde se reconoció el derecho al sufragio “pasivo” en las elecciones municipales a los nacionales de los Estados de la Unión Europea.

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de este artículo, aprovechando la reforma producida. El Tribunal realizó una combinación de dos argumentos y así encajar el derecho al sufragio dentro de nuestro ordenamiento. En primer lugar, interpretó que las elecciones municipales se consideraban administrativas, y por lo tanto, el hecho de que los extranjeros participen en las mismas no supone una participación en órganos electivos directamente unidos a la soberanía. En segundo lugar, estableció una limitación a los titulares del ejercicio de la soberanía a los órganos de representación que tienen atribuidas potestades especiales. Estas potestades pueden serles atribuidas por la Constitución o por los propios estatutos de autonomía.

3. Ya que el art. 6 de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuando habla del derecho al sufragio no determina si se refiere al activo o al pasivo, entendemos que se refiere a ambos, es decir, tanto a ser votante en los procesos electorales como a ser elegible en los mismos.

Es evidente, que el hecho de atribuirle a los extranjeros un mayor o menos número de derechos en el país de origen, depende del nivel de integración que dicho país quiera

²² Ángeles Solanes Corella, La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate, Universidad de Valencia, Valencia, 2007, pág. 84-93.

ofrecerles. Si tenemos en cuenta que el derecho que estamos tratando es un derecho propio del derecho público interno de cada Estado, podemos deducir que el criterio de reciprocidad es poco efectivo, además de poco apropiado, puesto que ayuda a que se sigan creando diferencias entre Españoles y extranjeros y se acentúen las ya existentes, quedando comprometida la integración de los mismos.

Cuando un Estado asume que debe respetar los Derechos Humanos de las personas que en él habitan, el mismo Estado se está imponiendo una serie de deberes a sí mismo, que no derechos, puesto que estos derechos son otorgados a las personas.

Este criterio, condiciona en gran medida el derecho al sufragio de los inmigrantes en España, pero también de los nacionales españoles en los países de origen de aquéllos. Así queda patente el carácter restrictivo que posee, puesto que queda limitado tanto a nivel de reconocimiento del derecho como al nivel de su ejercicio.

Hay que tener en cuenta que si nos basamos exclusivamente en este criterio, solamente quedaran favorecidos los nacionales de ciertos países, que serán los países con los que sea posible realizar un acuerdo. Así surgiría el problema de saber con qué Estados es más importante mantener este criterio, barajando diferentes criterios como es la cantidad de nacionales de dicho Estado que se encuentran en el mismo como la necesidad que presenta nuestro país de activar diferentes medidas políticas, económicas o de cualquier tipo, en relación al mismo.

Existe un problema que no puede ser obviado, y son los Estados que tienen un régimen democrático dudoso, o que dentro de este establecen diferencias entre sus propios nacionales. Si se firman acuerdos con estos Estados, el resultado que se obtendrá será el aumento de las desigualdades ya existentes, entre los propios inmigrantes.

De los convenios de reciprocidad en los cuales ha participado España, dentro de Europa, solo es de importancia el que ha firmado con Noruega, puesto que el resto en la actualidad son países miembros de la Unión Europea, y por lo tanto, aun no habiendo con estos un convenio se aplicaría este criterio de reciprocidad.

Vamos a centrarnos en este Convenio firmado con Noruega. Este aplica el criterio de reciprocidad en relación al sufragio de los nacionales noruegos, en las elecciones municipales, pero siempre que estos cumplan una serie de requisitos: que hayan residido de forma

legal en España e ininterrumpidamente durante un mínimo de 3 años, que el domicilio que posean coincida con el municipio en el cual pretendan votar y que estén inscritos en el padrón municipal del mismo. Además, a instancia de parte, los nacionales noruegos deben solicitar figurar en las listas electorales, dentro del plazo para la presentación de la correspondiente solicitud.

También es destacable el acuerdo firmado entre España y Argentina, en el año 1988, el cual reconocía dicho criterio de reciprocidad en las elecciones municipales entre los nacionales de ambos estados. Para llevarlo a cabo se debían seguir las directrices que marcaba el propio convenio, por lo tanto debía realizarse una correcta interpretación del mismo para que este pudiese llevarse a cabo.

Por lo tanto, después de lo expuesto, queda claro que este principio de reciprocidad es limitador del derecho de participación política de los inmigrantes en España. Teniendo en cuenta este hecho es conveniente que este derecho se interprete de la forma menos restrictiva posible, flexibilizándolo y facilitando el reconocimiento del mismo. Hay un sector doctrinal que propone que debe entenderse la interpretación de este criterio en relación con la exigencia constitucional como “alusiva a una reciprocidad de reconocimiento del derecho al sufragio, y no del ejercicio del mismo”. Solo de realizarse la interpretación siguiendo a este sector, los inmigrantes estarían verdaderamente sometidos a las mismas condiciones, sin ninguna diferenciación.

Aun no siendo el art. 13.2 CE incompatible con el criterio de reciprocidad, la redacción que se obtiene del 6.1 de la LO 8/2000, es más restrictiva. Si atendemos a la literalidad del artículo, el mismo establece que “...atendiendo a los criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o por Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos (españoles residentes)”. Pero interpretándolo de forma amplia es posible que entendamos que el mismo no impone ninguna limitación al derecho al sufragio de personas extranjeras en elecciones municipales, aplicándoseles las reglas de forma diferente a como se les aplican a los españoles en dichos países.

Es cierto que, hasta el momento actual, no ha habido inconvenientes relacionados con la compatibilidad del texto constitucional y el reconocimiento del derecho al sufragio en diferentes condiciones a la de los españoles en los países de los cuales son originarios los inmigrantes en nuestro país.

Centrémonos en esta diferenciación mencionada entre el reconocimiento y el ejercicio. Según el profesor Fernando Esteban de la Rosa²³, lo adecuado sería que se reconociese el derecho al sufragio en las elecciones municipales a los inmigrantes si en los países de los que provienen también pueden votar los nacionales españoles, sin que a estos se les exija ningún requisito adicional, ni que estos requisitos tengan que ser idénticos para ambos. Hay que resaltar que ni en este caso estaríamos ante un derecho de carácter universal, aunque pueda parecerlo. Esto es así porque no se le reconoce a todos los extranjeros si no que se limita exclusivamente a los nacionales de países que les reconocen esos derechos a los españoles.

Pero esto no es tan simple, ya que en el caso en el cual esto se realizase tal y como propone Esteban de la Rosa, habría que adaptar a este nuevo reconocimiento al resto de normas de nuestro ordenamiento que tratan la materia. Un claro ejemplo es la LO 5/1985, de 19 de Junio, del Régimen Electoral General, que en su art. 176.1 en el cual queda reconocido el derecho al sufragio activo cuando se trate de elecciones municipales a los extranjeros que tengan residencia en España en el caso de que sus países de origen les permitan el derecho a voto a los españoles si así queda reconocido en un tratado, no así en una ley.

Hay una cuestión que hay que tener clara al respecto, y es que el hecho de que se extiendan estos derechos al resto de los extranjeros debe ser fruto de la voluntad política. Si se trata el tema de la reforma del art. 13.2 de nuestro texto constitucional aceptando, en todo caso, que en un Estado de derecho actual y moderno existe una necesidad de que los inmigrantes también participen en el proceso político, cuando estas tienen residencia en España, puesto que tienen un interés comparable con el de un residente nacional, además de que es la única forma de conseguir la verdadera integración de los mismos.

En el supuesto de que esto se desarrolle así, podemos seguir la posición que toman algunos juristas como Aja y Díez²⁴. Según estos, una vez llegados a este punto hay que tomar una posición entre dos opciones existentes: una de ellas es que la exigencia reflejada en el art. 13.2 CE quede suprimida y otra es la supresión del apartado segundo del mismo artículo.

²³ F. Esteban de La Rosa, “Artículo 6, participación pública”, Comentarios a la ley de extranjería, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 153.

²⁴ E. Aja y L. Díez, La participación política de los inmigrantes, La Factoría, núm. 10, 1999-2000.

El hecho de que este derecho se extienda, también sería beneficioso para otros derechos que poseen los inmigrantes en España, puesto que se tomaría como referencia lo expresado en el art. 13 para este derecho en concreto, y podría extenderse a otros.

Si bien es cierto que los principales organismos internacionales de derechos humanos han reconocido la inaplicabilidad del principio de reciprocidad de forma expresa, tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.²⁵ Por lo tanto, estamos ante un principio sin aceptación internacional.

Además de todo lo desarrollado sobre el criterio, y centrándonos en como lo abordan los Estados en relación a la concesión de derechos a los inmigrantes, es conveniente destacar que estos, tradicionalmente, han contado con una mayor margen de acción con los derechos políticos que con el resto de los Derechos Humanos, más concretamente en el tema de otorgarlos o no a personas extranjeras. Por lo tanto será la racionalidad política de cada momento la que determine si se conceden estos derechos y en qué medida. Aunque es necesario tener en cuenta un factor, y es que puede resultar irracional el hecho de que en la sociedad española, con el alto número de inmigrantes que existen, se les nieguen estos derechos de participación ciudadana. Aun así hay que tener en cuenta que criterios como el aquí tratado, el de reciprocidad, sirven para justificar que se les niegue o restrinjan estos derechos a los inmigrantes. Por lo tanto, cuando el derecho a la participación política de los ciudadanos se somete al criterio de reciprocidad (como sucede con el resto de los derechos fundamentales), en una inmensa mayoría de casos supone la violación o denegación de los mismos a un sector de la sociedad.

Como hasta ahora hemos visto, jurídicamente el criterio de reciprocidad no está aceptado. Pero si supusiésemos que sí, que internacionalmente y por los diferentes Estados y Tribunales estamos ante un criterio con acertado para que se reconozcan los derechos humanos, lo cierto es que en la práctica, su aplicación presentaría unos obstáculos y problemas que evidenciarían la desigualdad que la aplicación de este principio acarrea.

Esto puede resultar más fácil de explicar mediante una serie de supuestos:

²⁵ Pablo Ceriani Cernadas, los derechos políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de los derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad.

-Si suponemos que se va a promover entre España y Perú un convenio de reciprocidad, hay que analizar en qué medida interesaría a cada uno de estos dos Estados. Por un lado, el interés de España sería que en nuestro país existen multitud de personas habitándolo que poseen nacionalidad peruana. Pero los intereses de Perú son menos claros, no existe un gran número de españoles viviendo en Perú, por lo tanto en este sentido Perú no estaría interesado en la firma del mismo. Además, el hecho de que existen multitud de peruanos viviendo en nuestro país, supondría que estos ejercerían su derecho al sufragio en España y no en Perú, por lo que supondría para este país una pérdida de poder para su gobierno, por lo que por este lado tampoco estaría interesado Perú. Así, analizando cada argumento es fácilmente reconocible el hecho de que Perú no obtendría beneficios en la firma de dicho convenio, por lo tanto, no lo firmaría.

-Otro supuesto es el de las personas que son nacionales de países donde no existe un sistema democrático, en los cuales nadie puede ejercer su derecho al sufragio (ni españoles ni extranjeros). A estas personas, además de negarse su derecho al sufragio en su país de origen, ¿también habría que negárselo en el de su residencia?²⁶

Además de estos supuestos, aunque se superasen y firmasen acuerdos de reciprocidad, el fin que estos obtendrían no es el que los derechos humanos buscan, puesto que una persona que lleve poco tiempo de residencia en nuestro país si podría ejercer su derecho a sufragio si con su país se ha firmado un convenio de reciprocidad, mientras que otra persona que sea residente de larga duración en España pero que su país de origen no haya firmado dicho acuerdo, no tendrá derecho a votar.

Una forma de poder ejercer su derecho al voto para los inmigrantes es obteniendo la nacionalidad española (lo cual se desarrollará más profundamente en el apartado del “derecho al sufragio a nivel nacional”). Pero las formas de reconocimiento y adquisición de la nacionalidad española también evidencian la irracionalidad de esta regulación. No tiene sentido el hecho de que españoles que habiten fuera de nuestro territorio si tengan derecho a sufragio mientras que personas que si habitan en él, por el hecho de no tener la nacionalidad española no puedan ejercerlo. Un ejemplo claro de esto son todas las personas españolas que inmigraron a Argentina en el siglo XX tienen hijos allí que por “ius sangui-

²⁶ Los derechos políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad, Pablo Ceriani, pág. 496 y 497.

nis” tienen nacionalidad española y a sus 18 años tienen derecho a sufragio en España, en las elecciones estatales, autonómicas y locales, cuando nunca han ni siquiera estado en nuestro país. Por lo tanto, no es difícil deducir que existe una falta de lógica en esta regulación.

Por supuesto, aplicando este criterio de reciprocidad, se pondrían evidencia los principios tanto de no discriminación como de igualdad, puesto que será la nacionalidad de las personas la que determine si estas podrán o no votar, ya no solo el hecho de tener o no la española, si no la que se tenga sin ser española también definirá si pueden ejercer su derecho a sufragio o no. Por lo tanto nos encontraremos con diferentes sectores en la población: extranjeros que por ser de Estados de la UE podrán ejercer su derecho al sufragio, otros que con diferentes nacionalidades podrán ejercer su derecho al sufragio por existir convenios de reciprocidad como sucede con los noruegos, otro sector que estará a la espera de la existencia de convenio para poder ejercer su derecho al sufragio, otros que obteniendo la nacionalidad española si podrán ejercer su derecho a la participación política, otras personas que no podrán ejercer su derecho puesto que sus países de origen se negarán a la firma de estos acuerdos...²⁷

Hay un factor que debemos tener en cuenta, y es el momento en el cual el principio de reciprocidad fue introducido en el art. 13 de la Constitución española: en el año 1978. En este momento, España no era ni mucho menos un país de inmigración, motivo por el cual no se introdujo este principio para limitar los derechos de los inmigrantes que aquí habitaban. Por lo tanto, si seguimos este razonamiento, se debería de no aplicar este criterio puesto que la Constitución española debería adaptarse a la realidad social, política, económica y cultural que en cada etapa histórica vive nuestro país, de acuerdo con el principio de flexibilidad.

Esto además, queda fortalecido por una serie de principios de derechos humanos:

-El principio de dinamismo: por el cual, las normas deben ser interpretadas de forma dinámica adaptadas a la realidad social en la que se encuentren en cada momento.

²⁷ Pablo Ceriani, los derechos políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de derechos humanos: la ilegitimidad del principio de reciprocidad, pág. 498-499.

-El principio de progresividad, según el cual para que un Estado garantice los derechos humanos a los habitantes de dicho Estado debe de adoptar medidas e interpretar la normativa de forma cada vez más progresiva.

-El principio de pro homine según el cual debe aplicarse la norma que sea más favorable y protectora para los derechos humanos de las personas en cada momento.²⁸

Además, del hecho de que los derechos humanos deben ser universales, es decir, reconocerse a todas las personas. Pero este principio de universalidad se encuentra constantemente con la barrera de la extranjería, y aún es más evidente cuando de derechos políticos se trata.²⁹

Por otro lado, es un problema el que los diferentes instrumentos internacionales no sean claros a la hora de fijar una titularidad en los derechos políticos. Hay algunos que hablan de “ciudadano” como el sujeto que es titular del derecho, pero sin llegar a asociarlo directamente con un nacional, otros lo asocian directamente con la persona³⁰ Por lo que puede ser interpretado de diferentes formas, al no quedar claro en el conjunto de textos internacionales la titularidad exacta.

-El voto de los españoles en América Latina³¹

Teniendo en cuenta la cantidad de inmigrantes latinoamericanos que alberga nuestro país y a las múltiples propuestas del gobierno español por promover la reciprocidad con estos países, es interesante destacar que sucede con el principio de reciprocidad entre España y estos Estados.

Lo primero a tener en cuenta es que ningún país latinoamericano establece un criterio de reciprocidad para reconocerles a los extranjeros los derechos políticos, esto significa que para que estos sean adoptados la decisión debe ser tomada por otro Estado y no por ellos mismos.

²⁸ Henderson, 2004, pág. 93.

²⁹ De Lucas, 2006 b, pág. 32

³⁰ Declaración universal de los derechos humanos

³¹ Pablo Ceriani, “Los derechos políticos de los extranjeros la ilegitimidad del principio de reciprocidad. “el voto de los españoles en América Latina en la actualidad, ¿de qué reciprocidad hablamos?”, Buenos Aires, págs.499-504.

Otra característica a resaltar es que no es relevante la nacionalidad que tenga la persona extranjera para determinar si posee o no derechos políticos. Simplemente debe de cumplir los requisitos obtenidos (por lo tanto, no sucede como en España), sin importar la relación que haya entre el país de acogida y el de origen.

Analizando concretamente la legislación de estos países³², obtenemos que en al menos cuatro países sudamericanos (Chile, Uruguay, Colombia y Bolivia), los extranjeros pueden ejercer su derecho al sufragio, tanto a nivel local como nacional.

Por lo tanto, en estos países las personas españolas migrantes pueden ejercer su derecho al sufragio. Puede parecer que no es necesario la celebración de un acuerdo de reciprocidad con los mismos, simplemente permitir que estos nacionales también puedan ejercer su derecho a voto en nuestro país. Pero esto no es tan sencillo puesto que el nuestra Constitución española regula que los acuerdos de reciprocidad deben realizarse por ley o tratado, por lo que sería necesario establecerlo de tal forma.

Si bien es cierto que existen Tratados Generales de Cooperación y Amistad, celebrados entre España y alguno de estos países: Argentina³³, Chile³⁴, Colombia³⁵ y Uruguay³⁶., en los mismos queda regulada la reciprocidad, es decir, que mutuamente deben reconocerse el derecho al sufragio de los nacionales de un Estado que residan en el otro. En la práctica solo ha sido aplicado en los países sudamericanos, y no en España. Por lo que esta reciprocidad además de ser inexistente, deja aún más en evidencia el hecho de que, más que un asunto de derechos humanos, este es un tema de voluntad política.

4.2 El derecho al sufragio de los inmigrantes a nivel europeo

4.2.1 Derechos de participación política atribuidos por los tratados

Debemos de tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico español es jerárquicamente inferior al derecho que proviene de la Unión Europea. Por lo tanto, el ordenamiento

³² Artículo 60 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Sistemas de Inscripciones electorales y Servicio Electoral, de Chile.

³³ Del 3 de junio de 1988, BOE nº 205, del 28 de agosto de 1989, art. 9.

³⁴ Del 19 de octubre de 1990, BOE nº 223, del 17 de septiembre de 1991, art. 17.

³⁵ Del 29 de octubre de 1992, art. 13

³⁶ Del 23 de junio de 1992, BOE nº 131, de 2 de junio de 1994, art. 15

jurídico debe respetar el derecho europeo y adaptarse al mismo en todas las materias, y, lógicamente, el sufragio activo y pasivo de los inmigrantes no iba a ser menos.

A nivel europeo, el problema que se plantea y que es necesario solucionar es como superar el hecho de que los inmigrantes no tengan derechos de participación política en nuestro país.

Según H. Andrés: “los principios generales de igualdad de derechos y no discriminación, proclamados en los textos internacionales y sobre todo en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³⁷, podrán constituir una base para el derecho a voto de los extranjeros: todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Pero la mayor parte de los textos enuncian, por un lado, un principio universalista, y, por otro, restricciones a estos principios, sobre todo limitando con frecuencia el ejercicio de derechos tan sólo a los nacionales de los Estados³⁸”.

4.2.2 Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local

Esta convención fue adoptada por el Consejo de Europa en el año 1992, el 5 de Febrero, y trata sobre la participación de los extranjeros en la vida pública en el ámbito local.

En dicha Convención se parte de un concepto de extranjero de forma clásica, esto significa que no tiene en cuenta la ciudadanía europea a la hora de definirlo.

El fin último de la misma es la integración de los extranjeros en la colectividad en la cual se encuentran viviendo. Si analizamos esta colectividad nos damos cuenta de que la más próxima es la local, y por lo tanto, es a este nivel donde antes deben integrarse en primer lugar, puesto que de esta forma se encontraran más próximos a sus intereses.

La convención se divide en tres partes o capítulos:

- El capítulo A o el tinte local de las libertades de expresión, reunión y asociación de extranjeros.

³⁷ Artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

³⁸ Andrés Hervé, El derecho a voto de los extranjeros en el ámbito Universal, revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº18, Septiembre de 2008, p. 13-14.

-Capítulo B o la creación de organismos consultivos que representen a los extranjeros.

-Capítulo C o el derecho de voto de los extranjeros en el ámbito local.

Aquí nos interesa analizar el capítulo C.

En este capítulo, se empieza estableciendo las condiciones que deben de cumplir los extranjeros para que se les conceda el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones locales. Y no son otras que las mismas que las de los nacionales, añadiendo el requisito de la residencia legal y habitual en un plazo de 5 años en el Estado en el cual se pretenda ejercer el derecho a voto, de forma inmediatamente anterior a la fecha en la cual se producen las elecciones. Aun así, es posible que los Estados solo admitan la exigibilidad activa a los extranjeros³⁹.

Así, si atendemos a lo desarrollado acerca de este capítulo, hay dos cuestiones que son necesariamente analizables: la de la duración del periodo de residencia y la de la reciprocidad⁴⁰.

Con respecto a la duración del periodo, los estados tienen permitido que esta duración sea inferior a 5 años. El único requisito es que “sea lo suficientemente largo para que el elector conozca la comunidad local, su situación política y sus problemas”. Teniendo en cuenta esto, se fijó en 5 años.

En relación a la reciprocidad, la polémica que suscita es si se aplica este criterio o no se aplica. Tras debates entre los Estados negociadores, se decretó que no se aplicase, puesto que “era políticamente difícil de justificar una discriminación entre los nacionales extranjeros que gozasen del derecho a voto y los demás⁴¹”.

4.2.3 La Directiva en relación al estatuto de los extranjeros referida a los extranjeros de larga duración

Esta Directiva es la 2003/109 CE, del Consejo, de 25 de Noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

³⁹ Artículo 6 del Capítulo C “Derecho de voto en las elecciones locales”, de la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública del ámbito estatal.

⁴⁰ Artículo 7 del Capítulo C “Derecho de voto en las elecciones locales”, de la Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública del ámbito estatal

En ella se regula el derecho al voto de los inmigrantes a nivel europeo. En primer lugar, ya en la exposición de motivos, empieza reconociendo el nivel de importancia del derecho a voto y el acceso a la nacionalidad para una mejor integración de los inmigrantes en el país de destino, si bien es cierto que también especifica que no existe base jurídica para su justificación⁴².

Más adelante, es el Comité el que considera que el derecho a voto en elecciones, tanto municipales como europeas, es un instrumento para la integración de este colectivo, y por lo tanto, es conveniente su regulación a nivel comunitario (en todo caso se refiere a los inmigrantes de larga duración).

El mismo Comité Económico y Social, propone en multitud de ocasiones que “en coherencia con esta indicación de correspondencia entre ciudadanía e igualdad jurídica, el CESE propone que la Convención europea adopte una noción extensa de ciudadanía europea, cuyo ámbito de aplicación personal incluya a quienes siendo nacionales de terceros países, se encuentren en situación de residencia estable o de larga duración en alguna de los Estados miembros de la Unión Europea. Esta noción extensa se corresponde con la adoptada por la Comisión bajo la denominación de “ciudadanía cívica”.

4.2.4 La reciprocidad a nivel europeo

Existe un criterio de reciprocidad que se exige a nivel europeo en nuestro ordenamiento jurídico, y por lo tanto, debe ser respetada. El Tribunal Constitucional ya ha tratado este asunto en multitud de ocasiones. Según, el mismo en nuestro ordenamiento hay tres normas constitucionales que repercuten en el sufragio de los inmigrantes, estas son el art. 13.2, puesto que establece el límite a este derecho a los españoles, el art. 23, puesto que este puntualiza que este derecho se les reconoce a los “ciudadanos”, y el art. 1.2 que reconoce la soberanía nacional al pueblo español⁴³.

Hay que tener en cuenta la postura del Tribunal de la Unión Europea (TUE) respecto al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes. Dicho Tribunal considera que todos los ciudadanos de la Unión Europea son nacionales, y por lo tanto, están legitimados para ejercer su derecho al sufragio en las elecciones municipales.

⁴² Dictamen 1321, 17 de Octubre de 2001.

⁴³ Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE), fundamento jurídico 3.

En la Sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional, el Título I de nuestro texto Constitucional debe interpretarse en conjunto para atribuir los derechos a los extranjeros (titularidad), así como el ejercicio de los mismos. Por lo tanto, el legislador, a la hora de atribuir los derechos de participación política a los extranjeros debe de respetar los límites que están impuestos en dicho título constitucional⁴⁴. Si bien es cierto, que respetando estos límites así como el criterio de reciprocidad se pueden ampliar estos derechos y jugar con los límites de los mismos⁴⁵.

Lo cierto es que se pueden intentar romper estas barreras que aún existen a nivel europeo respecto de este principio, y existen dos posibles soluciones a tener en cuenta para superarlas, ambas soluciones, es cierto, que implican que el artículo 13 de la Constitución española sea reformado, porque, y tal y como está redactado en la actualidad, supone una gran dificultad para la integración europea (así como la internacional). Estas dos soluciones que pueden plantearse son las siguientes:

- Modificar la Directiva 2003/109/CE (ya mencionada) para facilitar la integración de los residentes de la Unión Europea en lo que a los derechos políticos se refiere.
- Que España ratifique la Convención europea sobre los derechos políticos de los extranjeros a nivel local.

Por lo tanto, si España mantiene el criterio de reciprocidad es muy complicado que consiga avances en esta materia y quedará atrasado del resto de países de la Unión Europea. Debemos tener en cuenta, que existen 27 Estados Miembros de la Unión Europea, de los cuales, 13 si conceden a los extranjeros, sea cual sea su nacionalidad y siempre que cumplan con los requisitos legales que cada país exija, el derecho a sufragio sin necesidad de que se aplique el criterio de reciprocidad.⁴⁶

Para los autores Aja y Moya⁴⁷ es muy sencilla la solución al problema de la reciprocidad: “la simple supresión de la exigencia de reciprocidad, de modo que los extranjeros puedan

⁴⁴ Sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 3.

⁴⁵ Pablo Santolaya Machetti y María Díaz Crego, El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado, capítulo IV: “Un estudio de la reciprocidad posible”, Bosh, Barcelona, 2008, págs. 321-344.

⁴⁶ Hervé Andrés, “El derecho de voto de los extranjeros en el mundo”, revista de Derecho migratorio y extranjería nº18, 2008.

⁴⁷ Aja y Moya, “El derecho al sufragio de los extranjeros residentes”, anuario de la inmigración en España, edición 2008, Barcelona, 2008.

votar en las elecciones municipales de acuerdo con las condiciones que establezca la ley electoral”.

4.3. El derecho al sufragio a nivel nacional

Con respecto al derecho al sufragio, esta vez abordado desde una perspectiva estatal, hay que resaltar que las limitaciones hasta ahora expuestas son menos restrictivas a nivel municipal. Esto es así porque es más importante la regulación del sufragio a nivel local, especialmente para los que son inmigrantes económicos. Esto puede ser visto desde un punto de vista positivo y de cara al progreso, y es que en el futuro puede ser ampliado a las elecciones autonómicas y estatales.

Que estas limitaciones son menos restrictivas a nivel municipal queda reflejado en la Ley de Extranjería 4/2000, la cual decretó una serie de comicios municipales que se establecían de manera paralela a los que se preveían para los nacionales, en los cuales participaban los extranjeros que carecían de derecho a voto por el mero hecho de ser extranjeros, y así ejercían su derecho a elegir a sus representantes. Pero esto nunca llegó a desarrollarse en normativa sectorial, ya que en la Ley 8/2000 se limitó tanto a esta vía que se procedió a su eliminación, lo que no dio lugar al desarrollo de la misma ni a que fuese llevada a la práctica. Sin embargo, la actual Ley intenta compensar esta limitación estableciendo unos comités o comisiones consultivos, que ayudaran al funcionamiento de la vida pública local pero que en ningún caso los suplirán.

El Tribunal Constitucional, en relación a esta reforma sufrida, sin valorar las consecuencias que puede acarrear la misma, consideró que la soberanía nacional no se veía afectada por el hecho de que los inmigrantes tuvieran o no derecho a voto a nivel local. Lo único necesario para la ampliación de este derecho era la reforma del art. 13 de la Constitución Española.

Suponiendo que lo que queramos conseguir es lo contrario, es decir, que el derecho a voto que quede ampliado sea a nivel estatal o autonómico, el artículo que debe ser objeto de reforma es el 23 de la Constitución (derecho a voto) o el art. 1.2 de la misma (la soberanía recae sobre el pueblo español), en este caso ambos artículos precisan del procedimiento agravado de reforma.

Por lo tanto, teniendo en cuenta todo lo hasta ahora descrito, el principal problema que encontramos en el reconocimiento es que se vincula la nacionalidad con el hecho de pertenecer a una comunidad política, en la cual solo los nacionales de la misma tienen el derecho a ejercer el sufragio. Así entendemos que la nacionalidad es el vínculo jurídico-político que liga a la persona física concreta con un Estado, y hasta nuestros días es este vínculo el que ha determinado el derecho o no derecho a sufragio de las personas. El hecho de que los extranjeros tengan este derecho puede verse en algunos sectores de la doctrina como un recorte a los derechos de los nacionales, incluso, de forma más extrema, como una amenaza a los intereses de los mismos ya que, según este sector, el interés por la vida política lo comparten únicamente los nacionales de los Estados y no el resto, por lo que dejarlo que participen en la vida política sería perjudicial para el correcto desarrollo de dicho Estado.

Visto así, la solución a este problema sería que los no nacionales adquirieran la nacionalidad española, así tendrían este derecho y el conflicto quedaría resuelto. Pero en la práctica esto no es tan sencillo puesto que no todas las personas tienen al alcance la posibilidad de adquirir este derecho, además de que para quien pueda adquirirlo le supone perder su nacionalidad de origen. Además, no debemos olvidar que el hecho de adquirir una nueva nacionalidad es un hecho muy personal, es decir, un derecho personalísimo. El cambiar de nacionalidad debería ser una decisión voluntaria de la persona, no estando sujeto a un “sistema de premios y castigos” por el cual, si la cambias obtienes el derecho al sufragio y en caso contrario negará ese derecho.

Por lo tanto, es el requisito de la nacionalidad lo que condiciona el poseer o no este derecho, lo que no sucede de igual forma con el resto de derechos civiles, económicos o sociales.

Viendo lo descrito en relación al derecho comparado, es fácil que entendamos que no hay muchos países que reconozcan el derecho a voto de los residentes extranjeros, en Dinamarca, Suecia e Irlanda, a partir de los años 1960/70 si fueron reconocidos. Así sucedió también con países como Dinamarca, Noruega o Finlandia, donde inicialmente fueron reconocidos a otras personas de procedencia escandinava para más adelante ampliarlo al resto de la población residente.

Debemos de tener en cuenta que el cambio que aquí se produce es el hecho de que el poseer o no este derecho no radica en la nacionalidad si no en la residencia, siendo necesario un periodo mínimo que es diferente para cada caso.

Si bien es cierto que, a pesar de que es un avance, no significa que este todo superado puesto que en todo momento nos estamos refiriendo del voto a nivel local, salvo en excepciones concretas (Nueva Zelanda). Por lo tanto, el progreso que se ha conseguido actualmente en la materia es muy limitado.

Volviendo al caso español, hay que resaltar que fue España uno de los países que participaron en la promoción de la idea de la ciudadanía europea, la cual se consagró en el Tratado de Maastricht, y de la que se derivó el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones de los países miembros. En nuestro país se produjo cierta dificultad a la hora de transponer la Directiva 94/80.

En primer lugar, se procedió a reformar el art. 13 de la Constitución para que fueran incluidos los nacionales de la Unión en la posibilidad de ejercer este derecho, en el caso de que exista reciprocidad con dicho Estado Miembro. Hasta la actualidad España ha alcanzado acuerdos con Noruega, Países Bajos, Dinamarca y Suecia.

Fue en el año 1998 cuando finalizó la transposición de la Directiva, a partir de entonces han sido dos las convocatorias electorales producidas y para ambas han podido ejercer su derecho a voto los residentes comunitarios. Los cambios legislativos producidos por la transposición de la directiva no afectaron en ningún caso a los acuerdos de reciprocidad ya alcanzados por España, por lo que los nacionales noruegos siguieron disfrutando de los beneficios que le proporcionaba el acuerdo firmado entre ambos países.

Una vez analizado el derecho al sufragio de los inmigrantes, debemos tener en cuenta las consecuencias que se derivan de que los inmigrantes no participen en el reconocimiento de la participación política. Las dos que he considerado más relevantes son la ausencia de legitimidad y la ciudadanía de segunda. Ambas dificultan en gran medida la integración de los inmigrantes en nuestra sociedad.

Otra consecuencia es el gran problema que existe y que está relacionado con este no reconocimiento y es la de la legitimidad del poder y, consecuencia de esta, la justificación de obediencia por la teoría del consentimiento y el contenido. Por lo tanto, si el inmigrante

no ha participado en la formación del derecho, no hay ninguna razón de contenido moral por la cual deba obedecerlo. Analizando cada argumento nos damos cuenta que con respecto al contenido estos no disfrutaban de todos los derechos y en cuanto al consentimiento, observamos que tiene una serie de restricciones.

Para comprender lo expuesto debemos entender que pueden formarse una serie de círculos, y estos pueden ser así expuestos “a) el no reconocimiento de los derechos a unos sujetos que viven en el territorio del Estado se apoya en el carácter diferentes de estos, b) este reconocimiento no implica que para estos sujetos el sistema jurídico político no sea legítimo, c) la ausencia de legitimidad trae consigo que no puedan aducirse razones generales para obedecer el sistema jurídico político, d) esa inexistencia de razones complica enormemente la integración de estos sujetos y perpetúa la argumentación sobre su carácter diferente⁴⁸”.

Una segunda consecuencia que se deriva de este fenómeno es que los agentes políticos, sabiendo que los inmigrantes no participan en el sistema, no los tienen en cuenta. Lo cual fomenta su marginación además, de dificultar su integración en nuestra sociedad.

4.4 Conclusiones

En primer lugar, tratando el tema de los derechos humanos de los inmigrantes de forma general, y empezando con la partición tripartita de estos derechos considero importante resaltar un matiz, y es que estamos hablando de derechos humanos, los derechos que deben estar inherentes en toda persona, como se ha desarrollado a lo largo del trabajo y como queda reflejado en multitud de textos legislativos, sentencias etc., por lo tanto deberían estar reconocidos para todas las personas por el mero hecho de ser persona. Sin embargo, durante en todo momento hemos hablado de una separación tripartita, que quiere decir que hay una serie de derechos que no se les reconocen a ciertas personas por el hecho de no ser nacionales del país en el que residen, es decir, por ser inmigrantes. Esto contradice todo lo expuesto por los textos legislativos, y el resultado que se obtiene es que existan personas vean limitados sus derechos más fundamentales, lo que no debería permitirse en ningún ordenamiento jurídico, y menos en el caso español con la multitud de inmigrantes que se albergan y de tan diversos países. Por lo tanto, considero que es el momento de superar

⁴⁸ Oliva Martínez y Blázquez Martín, “Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 180 ss.

estas barreras que solo sirven para incrementar las diferencias entre nacionales y extranjeros, y que se formen grupos marginales por la falta de respeto a los derechos de los mismos.

Si bien hay un sector de la doctrina que opina que si estos derechos son extendidos a los inmigrantes ello será en perjuicio de los nacionales, mi opinión al respecto es distinta. Considero que el hecho de que una persona no nacional del país donde reside pueda hacer valer sus derechos humanos (derechos que le corresponden) no significa que los nacionales pierdan los suyos en ningún momento, en una sociedad civilizada pueden convivir nacionales y extranjeros y ambos hacer respetar sus derechos sin que los mismos colisionen. Que en todo momento nos refiramos a ellos como “extranjeros”, “inmigrantes” o “no nacionales” no quita en ningún momento que estemos hablando de personas, y por lo tanto, deben ser tratadas como tales y suprimir sus derechos no es la manera de hacerlo.

Con respecto a los derechos de participación política de los inmigrantes en concreto, en nuestra constitución Española no se reconoce de forma amplia estos derechos a los extranjeros. Simplemente encontramos que únicamente se hace referencia a ellos en el art. 13 de la Constitución, que junto con el 23 (acceso a la función pública de los inmigrantes), leídos de forma combinada, podemos deducir que el primero de ellos solo reconoce a los nacionales los derechos que en el segundo de los artículos quedan reconocidos (con alguna excepción, como son los comicios locales). Por lo tanto, queda así patente que el legislador pretende que ciertos derechos sean exclusivos de los nacionales, reservándolos a ellos y así, privando a los extranjeros de los mismos.

Hay que tener en cuenta que existen una serie de derechos de participación política que no vienen mencionados en la Constitución y por lo tanto, puede deducirse que implícitamente se les están reconociendo a los inmigrantes o, de lo contrario, que se les está excluyendo de poseer este derecho. Esto queda en el aire y debería ser matizado, puesto que es necesario que se conozcan que derechos poseen y de cuales están desprovistos.

El tema que nos ocupa es un tema de mucha relevancia en la actualidad puesto que en nuestro país existen un gran número de personas inmigrantes, de diferentes nacionalidades, y además en continuo crecimiento; cada año aumenta el número de inmigrantes en España. Por lo tanto, tanto legisladores como políticos deberían centrarse de forma más exhaustiva en este tema e intentar derribar las barreras que siguen vigentes en la actualidad para así

fomentar una mejor convivencia entre todas las personas que habitamos en España. No tratar este tema o no intentar solucionarlo solo incrementa las barreras sociales, que ya de por sí existen, entre los nacionales y los que no lo son.

Hay una serie de consecuencias que son un claro resultado de que los inmigrantes no puedan ejercer su derecho al sufragio en España. El primero de ellos y más claro es que no se sienten parte de nuestro sistema puesto que no se les permite participar en él. Esto puede ser peligroso porque, si una persona no se siente parte del sistema, no se siente tampoco en la obligación de cumplir con las normas y directrices que se marcan, y de esta forma vivir al margen del sistema, con todos los efectos negativos que ello conlleva a una sociedad civilizada como la que vivimos. A raíz de esto, se formarán grupos sociales marginales y la integración será aún más complicada, de lo que se derivan todos los efectos negativos ya mencionados (exclusión social, no integración, marginalidad, etc.).

Con todo lo anterior, estamos dando por hecho que el ser inmigrantes los hace diferentes y no les corresponden los mismos derechos que al resto de nacionales. Lo cual, a mi parecer, es un pensamiento erróneo puesto que en todo caso, el derecho a la participación política es un derecho humano reconocido en multitud de textos internacionales (aunque escasa) y, por lo tanto, todas las personas deberían de poder disfrutar el mismo sin tener en cuenta la nacionalidad de las mismas, es decir, superando las barreras que aún continúan vigentes.

De todo lo desarrollado durante este trabajo, podemos concluir que para que un inmigrante pueda ejercer su derecho a voto en nuestro país es necesario que se cumpla con el requisito de reciprocidad anteriormente expuesto. Pero lo cierto es que en la práctica este requisito prácticamente está en desuso. Podemos decir que en España solo pueden ejercer su derecho al sufragio los nacionales noruegos y los nacionales de países miembros de la Unión Europea, lo que deja patente la escasa relevancia práctica del mismo. Esto puede deberse a que políticamente no se ha desarrollado demasiado, a excepción de las elecciones municipales. Actualmente, si existe mayor desarrollo en este sentido y, lo positivo, es que puede ser el principio para que se continúe desarrollando en el tiempo a mayor número de inmigrantes y al resto de elecciones.

Lo cierto, es que en esta materia es muy importante la interpretación que el legislador haga al respecto. Si el legislador interpreta de manera muy restrictiva, quedará mucho más limitado, y si lo hace de forma más extensiva, este derecho puede llegar a un mayor

número de personas y de esta forma, poco a poco, que vaya ampliándose al resto de nacionales de otros países.

Cuando se firma un acuerdo de reciprocidad deben de incluirse los derechos que en este se regulan, tanto para los nacionales de un Estado como para los de otro, sin dar por hecho nada, todo debe quedar reflejado en los mismos. Esto no significa que deban de firmarse este tipo de acuerdos con todos los países de forma masiva, puesto que en ningún momento es lo que se pretende, ya que las circunstancias de todos los Estados no son las idóneas para firmar este tipo de acuerdos. Hay que establecer un orden de preferencia de acuerdo con las necesidades actuales de nuestro país. Además, hay países que no poseen sistemas democráticos, o sus sistemas son tan diferentes al nuestro que la firma de los mismos solo acarrearía problemas a nuestro Estado y de forma implícita estaríamos aceptando ese régimen antidemocrático. Así queda patente que hay una serie de Estados que es necesario que se firmen estos acuerdos y sin embargo otros con los cuales sería contraproducente la firma de los mismos. Debe el legislador limitar la firma de acuerdos con estos Estados.

Por lo tanto, al no existir este tipo de convenios con todos los Estados (de hecho ya hemos mencionado la escasez de los mismos), probablemente, este requisito de reciprocidad sea la mayor barrera que encuentran los extranjeros para ejercer su derecho al sufragio, y superarlo sería de gran ayuda para universalizar este derecho. La única forma para conseguirlo es mediante una reforma constitucional.

A pesar de esta dificultad a la aplicación de este criterio, es cierto que en la actualidad se han ampliado multitud de derechos humanos a los inmigrantes, se van superando barreras al respecto. Pero en concreto el derecho que aquí tratamos no ha avanzado demasiado puesto que no se ha desarrollado prácticamente y tampoco se han superado todas las barreras que son necesarias para la universalización del mismo, por lo tanto es un tema que queda pendiente de solución en nuestro ordenamiento y que, por su relevancia, debería ser tratado.

En mi opinión es importante que se conozca la opinión pública al respecto para que sea tratado. Pero que los inmigrantes tengan los mismos derechos que los nacionales es algo que es básico, ya que si una persona vive en un Estado y carece de derechos políticos no se considera que sea ciudadano del mismo, y ello atraerá todos los problemas expuestos.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C., “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Aja y Moya, “El derecho al sufragio de los extranjeros residentes”, anuario de la inmigración en España, edición 2008, Barcelona, 2008.
- Aja y Díez, “La participación política de los inmigrantes”, La Factoría, núm. 10, 1999-2000.
- Álvarez Cienfuegos Suarez, J.M. “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, Cuadernos der Derecho Judicial, 2001.
- Andrés Hervé, El derecho a voto de los extranjeros en el ámbito Universal, revista de Derecho Migratorio y Extranjería, nº18, Septiembre de 2008.
- Ángeles Solanes Corella, La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate, Universidad de Valencia, Valencia, 2007.
- Ángeles Solanes Corella, “Ciudadanía, inmigración y participación: un análisis desde la diversidad cultural”, Dykinson, Madrid, 2008.
- Beatriz Orduna Navarro, artículo de derechos y libertades de los extranjeros. Perspectiva constitucional, doctora en derecho romano. Diario de la Ley nº 7184, Sección Doctrina, 28 de Mayo 2009. Editorial, LA LEY, 2009.
- Benhabib, S., “Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos”, Gedisa, Barcelona, 2005.
- Blázquez Rodríguez, I., “Ibídem, Sobre la libertad de circulación de trabajadores en la Unión Europea”, Lerko Print, Madrid, 2002.
- Espinar Vicente, J.M, Comentarios a la nueva Ley de extranjería, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2001
- José Luis Monereo Pérez, Estudio general, el nuevo modelo jurídico-político regulador de la inmigración en España, LA LEY, 2010.

- F. Esteban de La Rosa, “Artículo 6, participación pública”, Comentarios a la ley de extranjería, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.
- Martínez de Pisón, J., “¿Tienen derechos los inmigrantes?, cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho, nº10, 2004, pág. 6-7.
- Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, “Ciudadanía, solidaridad y extranjería: el derecho a la inserción de los inmigrantes”, Bomarzo, Albacete, C. 2003.
- Mónica Méndez Lago, El reconocimiento del derecho a la participación política de los inmigrantes: algunas experiencias, centro de investigaciones de la ciudad de Murcia, Murcia, 2007.
- Oliva Martínez y Blázquez Martín, “Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Pablo Ceriani, “Los derechos políticos de los extranjeros la ilegitimidad del principio de reciprocidad”, Buenos Aires.
- Pablo Santolaya Machetti y María Díaz Crego, El sufragio de los extranjeros. Un estudio de Derecho comparado, capítulo IV: “Un estudio de la reciprocidad posible”, Bosh, Barcelona, 2008.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio “Discurso de derechos fundamentales”, 1995.
- Pérez de la Fuente, O., “Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes”, Dykinson, Madrid, 2006.
- Pérez Martín E., “Los derechos de los extranjeros en España: el derecho al trabajo”, op. Ci, Sobre los derechos y deberes laborales, en concreto sobre el art. 4 ET.
- Rafael de Asís Roig, Sobre la participación política de los inmigrantes, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2005.

Sentencias y dictámenes

- Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992, sobre la constitucionalidad de determinadas disposiciones del Tratado de la Unión Europea (TUE).
- Dictamen 1321, 17 de Octubre de 2001.
- Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre.
- Sentencia 115/1987, de 7 de Julio.

- Sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional.

Textos normativos

-Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen

-Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública del ámbito estatal.

-Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

-Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

-Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

- Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión.

-Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.